

VU Research Portal

Case Note: Hoge Raad (Cassatie in het belang der wet)

Jansen, C.E.C.

2018

document version

Peer reviewed version

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Jansen, C. E. C., (2018). *Case Note: Hoge Raad (Cassatie in het belang der wet)*, No. ECLI:NL:HR:2016:2638, Nov 18, 2016. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2018, No. 210).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

1. Zodra een aanbestedende dienst de inschrijvingen heeft beoordeeld die hij in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure heeft ontvangen, stuurt hij de inschrijvers in de regel een mededeling van de gunningsbeslissing. Uit die mededeling blijkt dan welke inschrijving als beste uit de bus is gekomen (zie art. 2.130 Aw 2012). Die mededeling houdt nog geen aanvaarding in als bedoeld in art. 6:217, eerste lid, BW van het aanbod van de winnende inschrijver (zie art. 2.129 Aw 2012). Alvorens dat aanbod te aanvaarden, moet de aanbestedende dienst namelijk eerst een opschortende termijn van 20 kalenderdagen in acht nemen, te rekenen vanaf de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden (zie art. 2.127 Aw 2012). Gedurende deze opschortende termijn kan een andere inschrijver in rechte tegen die beslissing opkomen wanneer hij meent dat de aanbestedende dienst in strijd met het Europees aanbestedingsrecht heeft gehandeld. Gebruikelijk is dat die inschrijver dat doet door in kort geding een voorlopige voorziening met betrekking tot de gunningsbeslissing te verzoeken. Zo lang de voorzieningenrechter nog niet op dat verzoek heeft beslist, mag de aanbestedende dienst niet met de winnaar contracteren. Dat mag hij pas doen nadat de voorzieningenrechter het verzoek heeft afgewezen en de opschortende termijn ook overigens is verstreken (zie art. 2.131 Aw 2012).

2. Heeft de aanbestedende dienst na een voor hem gunstig vonnis de overeenkomst met de winnende inschrijver eenmaal gesloten, dan heeft de verliezende inschrijver nog de mogelijkheid een bodemprocedure te starten. In theorie kan hij dan een vordering tot schadevergoeding instellen, maar in de praktijk gebeurt dat zelden: de kans van slagen van een dergelijke vordering is namelijk uitermate gering. De verliezende inschrijver is ook overigens enkel geïnteresseerd in het alsnog verkrijgen van de misgelopen opdracht. Om dat doel te bereiken, moet hij in de bodemprocedure een vordering instellen die strekt tot beëindiging van de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver. Vooruitlopend op die vordering moet hij spoedappèl instellen tegen het vonnis van de voorzieningenrechter en een voorlopige voorziening verzoeken die strekt tot opschorting van de uitvoering van de overeenkomst.

3. Uit het Unierecht volgt dat het nationale recht in ieder geval moet voorzien in onverbindendverklaring van de inmiddels gesloten overeenkomst in de gevallen genoemd in art. 2 quinquies, eerste lid, Richtlijn 2007/66/EG tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG. Bij de omzetting van deze bepaling – oorspronkelijk in art. 8 van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira) en thans in art. 4.15, eerste lid, Aw 2012 – heeft de wetgever aan die gevallen de status van vernietigingsgronden toegekend. Praktisch relevant zijn met name het geval dat de aanbestedende dienst overgaat tot het sluiten van een aanbestedingsplichtige overeenkomst zonder voorafgaande oproep tot mededinging (art. 4.15, eerste lid, onder a) en het geval dat die oproep weliswaar heeft plaatsgevonden maar de overeenkomst vervolgens is gesloten zonder inachtneming van de termijnen van art. 2.127, eerste lid, of van art. 2.131 (art. 4.15, eerste lid, onder b, zie nr. 1 hiervoor). Het Unierecht laat de

lidstaten vrij om in hun nationale recht ook voor andere gevallen te bepalen dat de rechter de overeenkomst onverbindend moet verklaren (zie art. 2, zevende lid, eerste alinea, Richtlijn 2007/66/EG). In dit verband moet terzijde worden opgemerkt dat onze wetgever geen gebruik heeft gemaakt van de in art. 2, zevende lid, *tweede* alinea, Richtlijn 2007/66/EG geboden mogelijkheid om – behoudens de gevallen waarin een beroep op een van de vernietigingsgronden van art. 4.15, eerste lid, kan worden gedaan – de bevoegdheid van de nationale rechter met betrekking tot de reeds gesloten overeenkomst te beperken tot het toekennen van een schadevergoeding: de rechter kan zich desgevraagd dus ook uitspreken over een vordering die strekt tot beëindiging van de overeenkomst (zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32 027, nr. 3, p. 24 en 26). Maar of hij dat dan óók mag doen *buiten* de in de in art. 4.15, eerste lid, geregelde gevallen, is een vraag die de gerechtshoven in ons land verdeeld hield.

4. Die verdeeldheid vormde voor de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad de aanleiding om een arrest van één van de gerechtshoven voor te dragen voor cassatie in het belang der wet (Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, *JAAN* 2015/35, m.nt. Chen). Hoewel de Hoge Raad het cassatieberoep uiteindelijk verwierpt, maakt het onderhavige arrest duidelijk op welke gronden een na een Europese aanbestedingsprocedure tot stand gekomen overeenkomst in rechte nog kan worden aangetast. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.7.3 dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat een overeenkomst ‘wegens strijd met aanbestedingsregels slechts aantastbaar is op de gronden vermeld in art. 4.15, eerste lid Aw 2012, en dat deze in andere gevallen slechts aantastbaar is in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW (op een andere grond dus dan strijd met aanbestedingsregels)’. Het arrest maakt met dit oordeel weliswaar een einde aan de sinds 2010 bestaande onduidelijkheid (zie voor een overzicht van de rechtsontwikkeling het cassatieberoep van de P-G onder 3.20 t/m 3.27) maar geeft mijns inziens tevens aanleiding voor een nader onderzoek naar de kwaliteit van het niveau van rechtsbescherming van ondernemers die deelnemen aan Europese aanbestedingsprocedures. Wat is namelijk de consequentie van het arrest?

5. Wat men zich allereerst moet realiseren, is dat de gevallen waarin een ondernemer in de huidige praktijk een aanbestedende dienst in rechte wenst te betrekken voor het merendeel buiten de kaders van de vernietigingsgronden van art. 4.15, eerste lid, Aw 2012 liggen (vgl. ook De Ruiter en Groot, *JAAN* 2017/7). Toegegeven, in die praktijk komt het natuurlijk voor dat een aanbestedende dienst in strijd met de wet een aanbestedingsplichtige overeenkomst sluit zonder voorafgaande oproep tot mededinging of zonder de daarvoor geldende termijnen in acht te nemen (zie nr. 3 hiervoor). Maar de gevallen waar het in de praktijk toch vooral om gaat, zijn die waarbij een aanbestedende dienst in het kader van een overigens rechtmatig aangekondigde Europese aanbestedingsprocedure eisen en criteria formuleert en/of toepast op een wijze die strijdig is met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. Op zich zou voor deze gevallen kunnen worden betoogd dat de rechtsbescherming van de betrokken ondernemers in het huidige stelsel voldoende is gewaarborgd. Inherent aan deze gevallen is immers – anders dan geldt voor de gevallen die wél binnen de kaders van art. 4.15, eerste lid, passen – dat

een teleurgestelde ondernemer de daarin besloten liggende inbreuken op het Europees aanbestedingsrecht nog vóór de totstandkoming van de overeenkomst met de winnende inschrijver ter beoordeling kan voorleggen aan een rechter.

6. De consequentie van het onderhavige arrest is echter dat de voorzieningen-rechter in kort geding in dat geval in eerste en *enige* aanleg over de beweerdelijke inbreuk zal oordelen. Wanneer hij immers het verzoek om een voorlopige maatregel afwijst, ligt voor de aanbestedende dienst de weg open om een bindende overeenkomst met de winnende inschrijver te sluiten. Die overeenkomst kan daarna niet meer worden aangetast op de grond waarover in eerste aanleg reeds in het nadeel van de verliezende inschrijver is geoordeeld, ook niet wanneer bij dat oordeel terecht vraagtekens zouden kunnen worden geplaatst. En omdat een schadevergoedingsvordering in een bodemprocedure zoals gezegd weinig kans van slagen heeft – ook de regering heeft dat erkend, in het verlengde van de beantwoording van de Kamervragen op grond waarvan de Hoge Raad nu tot zijn oordeel komt (zie *Kamerstukken II 2009/010, 32 027, nr. 7, p. 8-9*) – zal in de praktijk het doek voor de verliezende inschrijver definitief vallen zodra in eerste aanleg in zijn nadeel is geoordeeld.

7. De Hoge Raad vindt de rechtvaardiging voor deze consequentie in een passage uit de wetsgeschiedenis waarin de regering betoogt dat met de maatregelen in het wetsvoorstel Wira en de daaraan ten grondslag liggende rechtsbeschermingsrichtlijnen nadrukkelijk een evenwicht is beoogd tussen de verschillende betrokken belangen: enerzijds het bieden van waarborgen aan inschrijvers om een transparant en non-discriminatoir aanbestedingsproces te bewaken, anderzijds het bieden van waarborgen aan de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver dat geen te grote of lang durende onzekerheid ontstaat over de vraag of een overeenkomst gesloten kan worden en vervolgens vlot genoeg uitgevoerd kan worden (zie *Kamerstukken II 2009/010, 32 027, nr. 7, p. 5*). Waar het arrest echter aan voorbijgaat, is dat de regering de gekozen maatregelen destijds mede rechtvaardigde op basis van een aantal veronderstellingen, namelijk: dat de praktijk van een kort geding bij aanbestedingsgeschillen ook door ondernemers als overwegend positief wordt gewaardeerd, dat die procedure als zorgvuldig en efficiënt wordt beschouwd en ook overigens zou voldoen aan de eisen van de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen (zie *Kamerstukken II 2009/010, 32 027, nr. 7, p. 6*). Het is de vraag of deze veronderstellingen tien jaar na dato nog ten volle kunnen worden onderschreven.

8. Nog afgezien van het feit dat de regering op instigatie van de Tweede Kamer inmiddels heeft voorzien in de instelling van een Commissie van Aanbestedings-experts, mede vanwege de obstakels die vooral mkb-ondernemers ondervinden bij het ondernemen van juridische stappen in geval van overheidsaanbestedingen (zie *Handelingen II 2011/12, nr. 48, item 4, p. 11, 13 en 22, alsmede de motie-Gesthuizen, Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 77 en art. 4.27 Aw 2012*), zijn bij de behandeling van het wetsvoorstel Aanbestedingswet ook overigens zorgen geuit over de kwaliteit van de rechtsbescherming van ondernemers (zie *Handelingen II 2011/12, 32 440, nr. 49, item 7, p. 39*. Vgl. in dit verband ook de recent bij het arrest geplaatste kritische kanttekeningen van Bleeker, *TBR 2018/57* en van Brackmann, Klein Hofmeijer en Verlinden-Bijlsma, *Tender*

Nieuwsbrief 2018/2. Anders: Van Rijn, *TBR* 2018/58). De regering heeft destijds toegezegd deze zorgen mee te nemen in de evaluatie van de wet (zie *Handelingen II* 2011/12, 32 440, nr. 49, item 7, p. 43) maar is die toezegging niet nagekomen. Die evaluatie is namelijk beperkt gebleven tot een kwantitatief onderzoek naar de ontwikkeling van de rechtspraak (zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 252, nr. 1, p. 7 en het Eindrapport van het Ministerie van Economische Zaken, *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2012 en 2014*, mei 2015, p. 2). Recent heeft de regering opnieuw toegezegd de rechtsbescherming in het kader van aanbestedingen in bredere zin te gaan onderzoeken (zie *Kamerstukken II* 2017/18, 24 036, nr. 428, p. 36).

9. Een andere aanleiding om vraagtekens te plaatsen bij de veronderstellingen van de regering (zie nr. 7) en aan te dringen op uitvoering van een gedegen onderzoek, biedt de regelmatig gehoorde kritiek dat voorzieningenrechtters zich dikwijls beperken tot een marginale redelijkheidstoets (zie bijvoorbeeld *Wagemakers en Loenen-De Wildt*, *BR* 2016/15; *Weerheim*, *TBR* 2017/116; *Knoups*, *VGR* 2017/1. Anders: *Fischer-Braams*, *JAAN* 2017/2). In dat kader kan inmiddels ook worden gewezen op de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona van 30 juni 2016 (zie ECLI:EU:C:2016:506) voor het eveneens in dit nummer opgenomen arrest HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, *Connexxion Taxi Services*, ECLI:EU:C:2016:948, *NJ* 2018/206 m.nt. C.E.C. Jansen. Daarin merkt de A-G onder andere op dat wanneer het inderdaad de Nederlandse realiteit is dat het systeem van rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen neerkomt op een beoordeling door de voorzieningenrechter in eerste en enige aanleg, en die beoordeling niet meer inhoudt dan een marginale toets van de redelijkheid van de beslissing van een aanbestedende dienst, dat systeem niet ten volle voldoet aan de eisen van de rechtsbeschermingsrichtlijnen (conclusie A-G, punt 79 t/m 81).

10. In het verlengde van het voorgaande is tot slot nog het volgende van belang. Het komt regelmatig voor dat een vordering in kort geding niet ontvankelijk wordt verklaard omdat de verliezende inschrijver te laat over een inbreuk op het aanbestedingsrecht zou hebben geklaagd. In een dergelijk geval is de consequentie van het onderhavige arrest dat in het geheel geen inhoudelijke beoordeling van de beslissing van de aanbestedende dienst meer plaatsvindt (behoudens in het kader van een eventuele beoordeling in spoedappèl van een proceskostenveroordeling die in eerste aanleg heeft plaatsgevonden, vgl. onlangs Hof Amsterdam 14 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4698, r.o. 3.3 en Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:GHDHA:2017:3549, r.o. 9). Bezien vanuit het belang van de kwaliteit van de rechtsbescherming van deelnemers aan Europese aanbestedingsprocedures én het belang van rechtseenheid lijkt het dan toch problematisch (vgl. aldus bijvoorbeeld *Lombert*, *TA* 2014/140 en *Brackmann*, *Klein Hofmeijer en Verlinden-Bijlsma*, *Tender Nieuwsbrief* 2018/2, p. 5) dat voorzieningenrechtters soms niet alleen (te) ruimhartig maar ook heel verschillend plegen om te gaan met het aan het arrest *Grossmann Air Services* ontleende verweer dat de verliezende inschrijver te laat heeft geklaagd (HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93). Wellicht moest ook deze kwestie maar eens worden opgepakt met behulp van het rechtsmiddel cassatie in het belang der wet?
